

## Tilburg University

### De scheiding der machten tussen feit en fictie

Adams, M.

*Published in:*  
Nederlands Juristenblad

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Adams, M. (2010). De scheiding der machten tussen feit en fictie: Of waarom het soms goed is om in de leugen te leven. *Nederlands Juristenblad*, 85(5), 280-286. [227].

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De scheiding der machten tussen feit en fictie

Of: Waarom het soms goed is om in de leugen te leven

Maurice Adams<sup>1</sup>

DE FICTIE VAN DE SCHEIDING DER MACHTEN IS EEN NUTTIGE FICTIE. HET LEVERT EEN TOETSINGSKADER AAN DE HAND WAARVAN AFWIJINGEN VAN DE NORM IN KAART KUNNEN WORDEN GEBRACHT. IN ROTTERDAM SCHUIFT DE PRESIDENT VAN DE RECHTBANK DOODGEMOEDEREERD AAN BIJ DE 'DRIEHOEK' EN WORDT ER ALDAAR DUS GESPROKEN OVER DE 'VIERHOEK'. DIT ILLUSTREREET DAT HET DE HOOGSTE TIJD IS VOOR EEN HERWAARDERING VAN DE FICTIE VAN DE SCHEIDING DER MACHTEN.

Zondag 12 april 2009, Nederland 3, het programma Buitenhof: op het menu staat een gesprek met Ahmed Aboutaleb, sinds 1 januari van dat jaar burgemeester van Rotterdam. Tevens komt Erik van den Emster aan het woord, per dezelfde datum voorzitter van de Raad voor de rechtspraak en daarvoor president van de rechtbank te Rotterdam. Van den Emster zal het hebben over de kloof tussen burger en rechterlijke macht in Nederland, en Aboutaleb zal zijn visie over de ontwikkeling van de stad Rotterdam ontplooiën. In beide gevallen gaat het, zo wordt aangekondigd, om een 'eerste-100-dagen interview'.<sup>2</sup>

**P (Clairy Polak):** Voordat u naar Den Haag ging, was u bijna zeven jaar president van de rechtbank in Rotterdam. Hoe was het contact met de vorige burgemeester, Ivo Opstelten? Of heb je eigenlijk geen contact als rechter?

**E (Erik van den Emster):** Traditioneel heb je geen contact met de burgemeester. Mijn voorganger Bert van Delden zei: 'Je ziet de burgemeester een keer per jaar, en dat is op zijn nieuwjaarsreceptie.' (...).

**E:** Maar toen ik in Rotterdam zat, bleek in de strafsector opeens een probleem met het aantal jeugdstrafzaken. Ik heb daarnaar gevraagd bij de toenmalige hoofdofficier van justitie: 'Hoe komt het dat wij dat niet meer aan kunnen?' En het antwoord was simpel: 'O ja, we hebben dat in de driehoek afgesproken (...) we gaan dat intensiveren.' Ik (E) zei: 'Wat handig dat ik dat wist, zes maan-

den tevoren had ik er nog iets aan kunnen doen.' Ik heb toen aan Opstelten gevraagd, kan ik niet een paar keer per jaar bij die driehoek van jullie komen, om eens even te weten wat nou eigenlijk precies de bewegingen zijn die jullie willen maken? Dat is ook gebeurd. In eigen kring waren daar gemengde gevoelens over moet ik eerlijk zeggen.

**P:** Scheiding der machten!?

**E:** Ja, ik roep steeds scheiding der machten is eigenlijk in Nederland nooit aan de orde geweest, het is altijd de balans tussen de machten die ertoe doet.

En als [in die driehoek] beslissingen worden genomen die voor de rechterlijke macht gevolgen hebben dan wil ik daar wel tijdig bij betrokken zijn.

**P:** Maar in dat geval bent u dus toehoorder eerder dan deelnemer aan een discussie?

**E:** Ja, toehoorder, maar het is ook wel zo dat als daar iets wordt bedacht waarvan je zegt: 'Dat ga ik op korte termijn niet redden, bijvoorbeeld als gevolg van mijn bezetting', dan kun je zeggen: 'Dat kan je wel willen, maar dat kunnen we op deze manier niet.'

**P:** Dat is dus rechtstreeks invloed uitoefenen op het beleid, en dan zegt u: 'Dat kun je wel willen, maar dat gaan we niet redden dus doen we het niet.'

**E:** In zijn uiterste vorm is dat zo, alleen, dat doe je omdat je weet dat het bestuur met die aanpak een bepaald doel wil bereiken. Als het sluitstuk van een beleidsmaatregel is: 'We willen dat voorleggen aan de



rechter', en je weet nu al dat dit niet kan op een termijn van een aantal maanden, dan wordt dat doel ook niet bereikt. (...) Als het kan bewegen we mee, maar ik wil wel kunnen waarschuwen als het echt niet kan.

P: U zegt: 'Het is ongebruikelijk om contact te hebben met de burgemeester.' Ik ben nu ontzettend benieuwd of de nieuwe burgemeester van Rotterdam met de nieuwe president van de rechtbank ook al contact heeft gehad?

A (Ahmed Aboutaleb): Ja, vorige week voor het eerst inderdaad, in wat wij noemen de vierhoek.

P: Oh, het overleg is al geïnstitutionaliseerd!?

A: Nou, wij noemen het de vierhoek. Formeel heet het: 'Dan schuift de president van de rechtbank aan.'

E: Driehoek plus. (...)

### Waar het me om te doen is

Het begrip 'scheiding der machten' wordt in discussies over het functioneren van de rechterlijke macht nogal eens ten tonele gevoerd. Het fungeert dan meestal als een dominante norm: als verwijtend oordeel of als waarschuwing voor potentieel ongewenste situaties (geheven vinger). Maar niet voor iedereen is de waarde van een dergelijke veroordeling of waarschuwing even pertinent of vanzelfsprekend. Want op de mededeling door Van den Emster dat men in zijn toenmalige organisatie niet ongekwalificeerd geporteerd was van het feit dat hij bij de driehoek aanschoof, zegt de interviewster verrast en vragend: 'Scheiding der machten...!?' Waarop Van den Emster prompt en welhaast verontschuldiging repliceert: 'Ja, ik roep steeds scheiding der machten is eigenlijk in Nederland nooit aan de orde geweest, het is altijd de balans tussen de machten die ertoe doet.' Het lijkt erop dat Van den Emster een ander toetsingskader hanteert om zijn opereren als magistraat te beoordelen dan de interviewster. In ieder geval is het antwoord dat hij geeft nietszeggend. Evenwicht van machten als afleidingsmanoeuvre of stoplap? De journaliste gaat er niet op door, en laat daardoor een kans liggen om meer duidelijkheid te creëren.

Ik gebruik het interview als opmaat voor een meer fundamentele reflectie over de mogelijke functies van het begrip 'scheiding der machten'. Ik wil daarbij doorsteken op het onderscheid tussen wat je zou kunnen noemen empirische of beschrijvende (noem ze bestuurskundige of wellicht rechtssociologische) benaderingen of opvattingen hierover enerzijds en fictieve of normatieve benaderingen ter zake anderzijds. Ik meen de laatste jaren een toenemende verwarring van beide benaderingen waar te nemen – het aangehaalde interview is wat dat aangaat illustratief –, en ik neem me voor het begrip op zijn rechtmatige domein te situeren.

Om misverstanden te vermijden is het goed reeds nu te vermelden wat alvast ik in gedachten heb wanneer

ik het over de scheiding der machten heb. Wat mij betreft gaat het om een publiekrechtelijk begrip in de zin dat het vooral verwijst naar de grondwettelijk verankerde bevoegdheden van de overheid en de wijze waarop die worden uitgeoefend of vorm krijgen. Dat betekent dat wanneer burgers bijvoorbeeld een beslissing van de rechter proberen te beïnvloeden, dit in principe, althans op grond van een zoals zojuist begrepen leer van machtscheiding, mogelijk moet zijn. Het begrip ziet namelijk niet op het handelen van de burger, en dus ook niet op het handelen van die burger jegens de overheid.<sup>3</sup> Althans een publiekrechtelijk begrepen machtscheiding zit daar voor niets tussen. Ik kom hier later op terug. En voor het overige hanteer en benadruk ik hier het begrip in zijn meest letterlijke en strikte (i.e. Kantiaanse) betekenis: dat wil zeggen dat het betrekking heeft op de organieke én functionele scheiding van overheidstaken.

### Leven in de leugen: ficties in het recht

Een van mijn stellingen is dat het bij het begrip scheiding der machten zoals zojuist omschreven – strikt dus – om een fictie gaat.<sup>4</sup> En dan is de vraag of het tegemoetkomt aan de werkelijkheid volgens mij niet zo relevant. Een fictie is immers een manifeste onwaarheid, en de meeste deelnemers aan een discussie waarin een fictie een rol heeft te vervullen, weten dat ook wel.

Zo zijn we er ons als juristen terdege van bewust dat een rechtspersoon niet echt een persoon is, maar toch vinden we het zinvol een dergelijke constructie op een dusdanige wijze voor te stellen als ware het een levende persoon. We willen namelijk dat die rechtspersoon ook rechtshandelingen kan stellen en (dus) middelen aanwenden, ondanks dat feitelijk – in fysieke zin – alleen een natuurlijke persoon dat kan: aankopen doen en sparen, schulden aangaan en contracten afsluiten, enz. Of neem art. 12 SW 1956, waarin staat te lezen dat '[a]l wat binnen 180 dagen aan het overlijden voorafgegaan is geschonken door een erflater, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde, wordt, voor de regeling van het recht van successie, geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen'. *Wordt geacht*, staat er uitdrukkelijk. De bepaling is expliciet fictief, en het doel ervan is te voorkomen dat iemand die meent dat hij/zij op korte termijn komt te overlijden nog snel zijn/haar bezittingen weggeeft om daarmee successierechten te vermijden. En evenzo wordt een ongeborn kind als geboren beschouwd zolang dat in het belang van dat kind is, zo leert ons art. 1:2 BW. *Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis eius agitur*.

Tegelijkertijd moet diegene die een juridische fictie hanteert ook goede redenen geven om 'in de leugen te leven'. Dat impliceert dus dat de fictie, in weerwil van het besef dat we met een imaginaire constructie te maken

#### Auteur

1. Prof. mr. dr. L.H.J. Adams is hoogleraar Encyclopedie van het recht aan de Universiteit van Tilburg en deeltijd hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen.

Dank aan P. Bovend'Eert (RUN), W. Witteveen en J. Vranken (beiden UvT)

voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Een meer uitgebreide versie van dit artikel is bij de auteur te verkrijgen: m.adams@uvt.nl.

#### Noten

2. Zie [www.buitenhof.nl](http://www.buitenhof.nl). De spreektaal

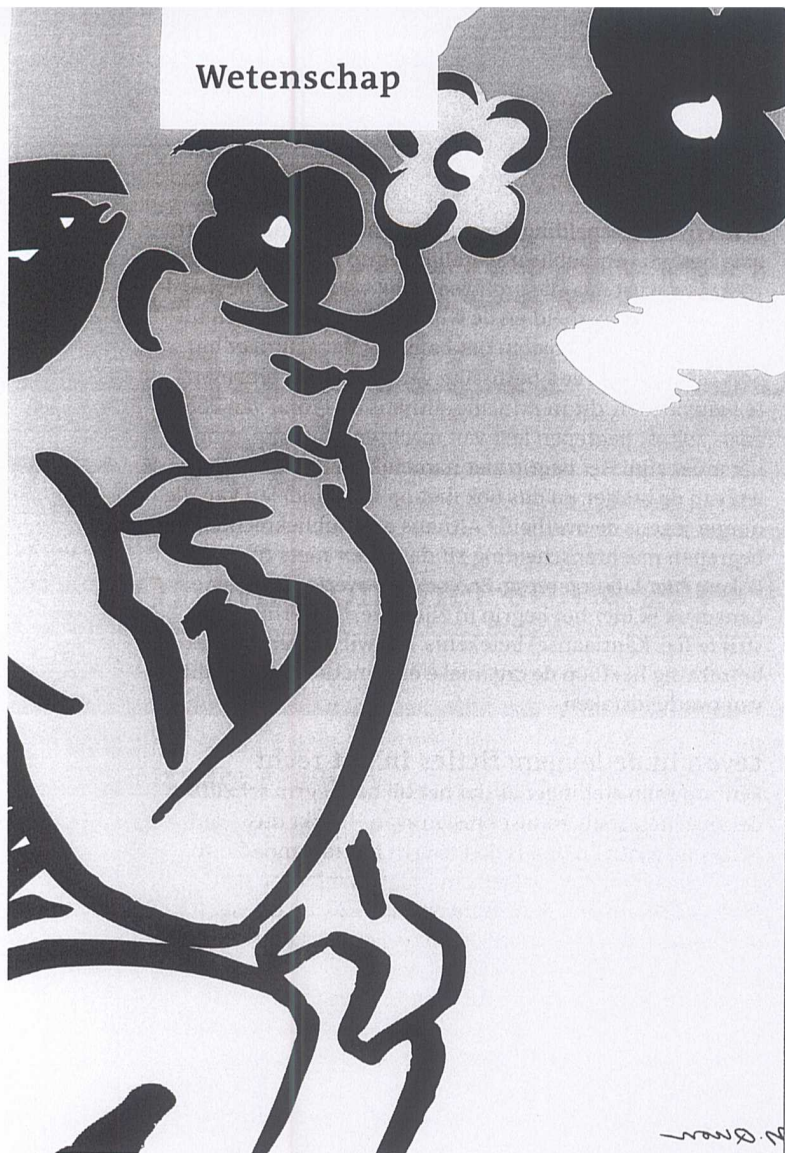
van het interview is in een enkele zin lichtjes aangepast om de leesbaarheid ervan te bevorderen.

3. Dit laat onverlet dat als overheidsorgaan de rechter zich niet mag laten beïnvloeden, althans onafhankelijk en onpartijdig moet zijn.

4. Hierover tevens W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, in het bijzonder hoofdstuk XIV.

5. U. Rosenthal, 'De Trias en het openbaar bestuur: bij de tijd?', in: P.B. Cliteur





hebben, een nuttige functie moet vervullen willen we die accepteren. Daarvoor moet die fictie draagvlak hebben en diegenen die haar bezigen, moeten uitdrukkelijk beseffen dat de empirische dimensie ervan manifest onjuist is. Een en ander impliceert ook dat wanneer het hanteren van de fictie niet meer dienstbaar is aan het doel ervan, als gevolg waarvan het draagvlak ervoor verdwijnt, ze *slechts* als leugen overblijft; om een nuttige functie te kunnen vervullen, moet er anders gezegd dus een zekere mate van loyaliteit ten aanzien van de fictie bestaan. Het al vermelde art 1:2 BW laat dan ook tevens weten dat indien het kind dood ter wereld komt, het dan wordt geacht nooit te hebben bestaan. Het nut van de eerder vermelde fictie is dan verdwenen en wordt van rechtswege vervallen verklaard en vervangen door een andere. En zo ook moeten we de waarde die wordt gerepresenteerd door bijvoorbeeld de frase: 'Eenieder wordt geacht de wet te kennen' niet als een absurditeit percipiëren wil die nog als nuttige fictie kunnen fungeren. Ik hanteer dit voorbeeld omdat juist deze fictie minstens door niet-juristen vaak als nonsens wordt ervaren: wie is nu in staat de wet (het recht) te ken-

**Diegene die een juridische fictie hanteert, moet ook goede redenen geven om 'in de leugen te leven'**

nen? Daar slagen zelfs de juristen niet in! Maar waar het dan *in casu* om gaat is niet zozeer dat we daadwerkelijk de wet kennen, maar wel dat onkunde van de wet niet kan worden tegengeworpen in een procedure om onrechtmatig gedrag te vergoelijken. In die optiek is de Latijnse versie van de frase eigenlijk meer sprekend: 'Nemo censetur ignorare legem.' De dubbele ontkenning is veelbetekenend: *niemand* wordt geacht de wet *niet* te kennen. Het geeft beter aan dat het niet zozeer om een positieve eis gaat die door de fictie wordt weergegeven (waartegen dan ook vaak verzet rijst), maar veeleer om een negatieve norm. De functionaliteit ervan is immers dat je er iets *niet* mee kunt doen, dat is zoals gezegd onkunde van de wet (het recht) inroepen als excuus voor onrechtmatig gedrag.

Hoe dan ook moeten de voordelen van het gebruik van een fictie de nadelen overtreffen – dus draagvlak hebben –, anders wordt de fictie een illusie of zelfs utopie. Juist het feit dat iets slechts *geacht wordt* een bepaalde hoedanigheid te bezitten, daardoor dus een fictie is, plaatst de discussie over het realiteitsgehalte ervan in een bijzonder daglicht. Dergelijke discussie heeft uit de aard van de zaak immers niet zo heel veel zin of betekenis. De fictie is namelijk heel bewust een imaginaire constructie, en dient als zodanig een bepaald doel.

### Enkele voorbeelden

Inmiddels rijst de vraag waarom de term 'scheiding der machten' nog steeds bruikbaar zou kunnen zijn als fictie. Volgens sommigen is dat namelijk niet langer het geval. Een illustratie hiervan hebben we in de inleiding al mogen smaken. Maar neem ook de bestuurskundige Rosenthal, die wat mij betreft als representatief kan gelden voor heel wat auteurs en die meent dat het scheidingsbegrip: a) meer pretendeert dan het waar kan maken omdat het de verwarring tussen het hebben van formele bevoegdheden en het uitoefenen van daadwerkelijke macht in de hand werkt (twee betekenissen van het begrip macht); b) weinig aandacht heeft voor de interne verhoudingen binnen de machten, c) te veel is gericht op de centrale overheid, en, ten slotte, d) te defensief is: de scheidingsleer laat niet graag nieuwe kandidaten toe, en zondert zich dus af van de sociale realiteit.<sup>5</sup>

Rosenthal kaart vanuit zijn perspectief een aantal pertinente bezwaren tegen het scheidingsbegrip aan, laat dat duidelijk zijn. Maar toch blijft het belang ervan primordiaal. Waarom de fictie blijvend hanteren? En hoe kan het dat ondanks dat de scheidingsleer al door vrijwel iedereen is afgezworen, deze nog steeds het denken over de staatsinrichting blijft 'bederven'?<sup>6</sup> Mijn intuïtie zou zijn dat wanneer een bepaalde leer hardnekkig blijkt, je niet alleen moet zoeken naar argumenten waarom die niet klopt (zoals in het geval van de machtenscheiding veelvuldig wordt gedaan), maar ook naar de redenen die er misschien zijn om die leer desondanks te blijven gebruiken; tunnelvisie moet worden vermeden. Laat ik daarom het belang van het fictieve scheidingsbegrip illustreren met een aantal voorbeelden.

In het rapport van de WRR uit 2002 over de toekomst van de nationale rechtsstaat lezen we dat we 'met betrekking tot de positie van de rechterlijke macht beter spreken van evenwicht van machten dan van scheiding van machten. Rechters voeren [immers] ook enkele administratieve taken uit en nemen deel aan de rechtsvorming. Functies noch organen zijn in absolute zin gescheiden'.<sup>7</sup> Tussen de



drie machten is een situatie ontstaan van *checks and balances*, aldus nog de Raad. Vervolgens gaat de Raad als vanzelfsprekend over tot de conclusie dat iedere partij rekening houdt met 'de eigen positie en eigen verantwoordelijkheid'.<sup>8</sup> En later voegt de Raad daaraan toe, na een weinig systematisch onderzoek naar het feitelijk rechtsvormend handelen van de rechterlijke macht, dat 'de rechter (...) zijn plaats in de trias [kent]'. Waar het primaat van de politiek zou moeten heersen, neemt hij immers een 'terughoudende opstelling in'.<sup>9</sup>

De eerste geciteerde uitspraak van de WRR is als feitelijke beschrijving van de stand van zaken zeker terecht. Maar de vraag is nu juist of iedere partij inderdaad steeds voldoende rekening weet te houden, zoals de WRR beweert, met 'de eigen positie en eigen verantwoordelijkheid'. Kent de rechter inderdaad zijn plaats in de trias? De praktijk doet wel degelijk vragen rijzen die onder de vigeur van bijvoorbeeld een evenwicht van machten onbeantwoord blijven of alleszins niet scherp aan de orde kunnen worden gesteld. Was het aanschuiven van Van den Emster geoorloofd? Was hij voldoende terughoudend in de uitoefening van zijn taak? Zette hij mee het beleid uit of werd hij misschien zelfs onder druk gezet om bepaald beleid uit te zetten? Of verschaft hij slechts wat feitelijke informatie om robuuste besluitvorming en efficiënt management in de justitiële sfeer mogelijk te maken? Wat het ook is geweest, de toenmalige president van de rechtbank te Rotterdam trad wel degelijk buiten de hem geëigende positie, een daad die met alternatieve begrippen als bijvoorbeeld evenwicht van machten nauwelijks geduid kan worden. Hoeveel rekening hield hij dus met de eigen positie en eigen verantwoordelijkheid? We weten dat niet, daarvoor greep een en ander te veel plaats in het schemerduister. Juist het begrip scheiding der machten kan dit op pertinente wijze aan de orde stellen, en een analytisch kader ter beoordeling aanreiken.

En voor wat de rechtsvormende rol van de rechter betreft: blijkbaar meent men ten huize van de WRR dat daar grenzen aan bestaan; een terughoudende opstelling acht men immers gepast. Maar juist om een gebrek aan terughoudendheid aan de orde te kunnen stellen, kan het fictieve scheidingsbegrip een nuttige rol vervullen: het kan het debat hierover in alle openheid lanceren naar waar het in de kern om gaat. En dat is ook nodig. Want door als scheidsrechter op te treden stelt de rechter weliswaar *ipso facto* nieuwe rechtsregels op (en stuurt hij het gedrag van leden van de samenleving), maar daarmee is die rechterlijke rechtsschepping nog niet van eenzelfde orde als de wijze waarop de wetgever – de politiek – regels mag of kan scheppen. De rechter moet immers een oplossing zoeken voor rechtsvragen in de context van wet en jurisprudentie. Zeker in het licht van het feit dat de rechter niet of althans niet direct ter verantwoording kan worden geroepen in een verkiezing of anderszins, is het van belang dat hij zich van deze beperking bewust is. In die zin heeft het wel degelijk een belang dat de rechterlijke macht zich niet gedraagt als een wetgevende macht, en dat beide functies dus onderscheiden zijn. Dat die functies daarnaast op elkaars domein kunnen komen, doet daar niets aan af.

De veelvuldige kritiek op de vermenging in taakstelling van executieve en parlement bewijst overigens het nut van de fictie in andere contexten dan het functioneren van de rechter. Een voorbeeld daarvan ontmoeten we in het

## De praktijk doet wel degelijk vragen rijzen die onder de vigeur van een evenwicht van machten onbeantwoord blijven

wetsvoorstel-Halsema. Een van de belangrijkste argumenten die Halsema aanvoert om rechterlijke grondwettigheids-toetsing te introduceren, is dat de samenleving wel zou varen bij een extra toets in de keten die leidt tot nieuwe wet- of regelgeving.<sup>10</sup> 'In de praktijk wordt de indeling van de wetgever die de totstandkoming van wet- en regelgeving toetst op de verenigbaarheid met de Grondwet en de rechter die de uitkomst daarvan respecteert, moeilijker houdbaar. Een groot deel van de, voor burgers bindende normen en regels komt buiten de wetgever om tot stand. Daarmee is de formele wetgever op afstand gezet van de grondwettelijke gevolgen van een belangrijk deel van nieuwe wetgeving.'<sup>11</sup> Hier wordt impliciet een beroep gedaan op de geëigende (dus niet: voorbehouden) taak van de formele wetgever, een taak die aan erosie onderhevig is.

Men kan het medicijn dat Halsema voorstelt natuurlijk ter discussie stellen: is de introductie van rechterlijke grondwettigheidstoetsing inderdaad het meest gepaste middel om het door haar gesignaleerde probleem te verhelpen? Als het gebrek aan invloed van het parlement het probleem is, waarom dan niet aan het functioneren daarvan sleutelen. Maar om het concrete antwoord op die vraag gaat het nu niet. De dieperliggende kwestie is namelijk of een van de kerntaken van het parlement vandaag inderdaad nog op de meest adequate wijze tot uiting komt. Dat is een buitengewoon pertinente kwestie, en er bestaat daarom een belang om die zo scherp als mogelijk aan de orde te kunnen stellen. En dan is de contrastfunctie van het scheidingsbegrip veel meer dienstbaar in vergelijking met bijvoorbeeld het evenwichtsbegrip; dat laatste begrip is immers leeg, het zegt niet wie, hoe of wat, en is altijd contextafhankelijk. Maar vanuit het perspectief van de fictie van de scheiding der machten is er in ieder geval een potentieel probleem, en dan is het van belang een antwoord te krijgen op de vraag of dat in de feiten dan ook zo is. En de bewijslast ligt dan bij diegenen die stellen dat dit niet het geval is.

### Scheiding der machten als bruikbare fictie

In al de in de voorgaande paragraaf gehanteerde gevallen geldt het inzicht dat als de taal ons de concepten aanreikt om te zeggen wat gezegd moet worden, we niet moeten aarzelen dat ook te doen op de wijze die het meest dienst-

#### Noten

- en M.R. Rutgers (red.), *De Trias onder Spanning*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1990, p. 84-85.
6. Aldus Van Maarseveen reeds in zijn 'De heerschappij van de ministerraad', 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1969, p. 16.
7. WRR, *De toekomst van de nationale*

rechtsstaat, Den Haag: Sdu Uitgevers

- 2002, p. 174.
8. Idem.
9. Idem, p. 183.
10. MvT bij wetsvoorstel-Halsema, Kamerstukken II, 28 331, nr. 3, p. 13-15.
11. Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 13-15.



## Als de taal ons de concepten aanreikt om te zeggen wat gezegd moet worden, moeten we niet aarzelen dat te doen op de wijze die het meest dienstbaar is

baar is. Het alternatief is in deze context een constructie te gebruiken – evenwicht van machten bijvoorbeeld – die niet is toegerust om potentiële problemen te constateren. 'Ja, Den Emster overtrad de scheiding der machten.' Pas als die constatering is gedaan, kan de discussie over de vraag of dit problematisch was een aanvang nemen.

Een van de redenen om het scheidingsbegrip toch te blijven erkennen in het taalgebruik, is dus dat het als fictie nut heeft. En dat kan minstens twee dingen betekenen: de fictie neemt de rol op van een handelingsideaal of streefmoraal ('morality of aspiration');<sup>12</sup> dat is niet zozeer een oudtestamentische moraal, maar een ideaal dat aanwezig is in de publieke en morele cultuur van een samenleving of groep, maar waarvan we weten dat het praktisch handelen daar nooit helemaal aan tegemoet kan komen.<sup>13</sup> Of het kan betekenen dat het hier veeleer gaat om een modelmatige reductie van de werkelijkheid die het juist daardoor mogelijk maakt de werkelijkheid inzichtelijk, hanteerbaar of bespreekbaar te maken (een door juristen beproefd recept overigens). In beide gevallen kan het tevens als meetlat fungeren waaraan de werkelijkheid kan worden afgemeten of beoordeeld.

De reparatie die de eerder aangehaalde Rosenthal ziet om de door hem geconstateerde pannes te verhelpen, is onder meer een meer descriptief evenwichtsbegrip te hanteren.<sup>14</sup> Daardoor verliest Rosenthal echter het fictieve karakter van het scheidingsbegrip helemaal uit het oog en dus ook het mogelijk nut ervan. Helemaal verwijten kunnen we hem dat niet; hij pretendeert als bestuurskundige een juridische noch conceptuele evaluatie. Maar zijn aanpak geeft wel aanleiding tot een onevenwichtige beoordeling. Want doordat hij de eigenheid van het scheidingsbegrip miskent, ontbreekt de belangenafweging tussen de modelmatige en alternatieve benaderingen. Rosenthal eindigt zijn artikel met de stelling dat 'voor zover het *nieuwe machten* betreft die qua bereik en maatschappelijke functie niet onderdoen voor de drie klassieke machten (bijvoorbeeld het ambtelijk apparaat en de massamedia), ligt de *bewijslast* bij degenen die de trias bij het oude willen laten'.<sup>15</sup>

In het licht van het voorgaande is dit citaat veelzeggend: het gaat namelijk niet alleen over oud of nieuw (over aangepast of niet), het gaat ook, zo bleek, om de functie van het begrippenkader dat we hanteren. Het feit dat er dus nieuwe machtcentra zijn gegroeid die niet in het triasbegrip geplaatst kunnen worden (ambtenarij, pers, lobbygroepen ...), of dat het scheidingsbegrip geen realistische dieptestructuur heeft, laat het belang van een conceptueel begrippenkader onverlet. De scheiding der machten is immers, zoals ik al aangaf, een ordeningsmechanisme dat onder meer fictief iets beoogt te zeggen over de *formele macht van de overheid*. En dat is niet voor niets zo. Het verschil tussen de macht van de overheid en dat van

andere meer maatschappelijke actoren, zoals burgers en belangenorganisaties, is namelijk dat alleen het staatsgezag het monopolie op dwang en geweld bezit. Daarom mag en moet het dwingend richting geven aan de samenleving. Alle andere vormen van machtsuitoefening zijn uiteraard ook van belang om te beoordelen, maar hebben als dusdanig geen publiekrechtelijke betekenis. Dat het scheidingsbegrip overigens verwarring in de hand kan werken, zoals Rosenthal stelt, is natuurlijk een argument dat twee richtingen uit kan werken: het is er een om het begrip taboe of obsoleet te verklaren, maar het kan er evenzeer een zijn om het uit te klaren en te herwaarderen.

Toegegeven, de scheiding der machten wordt vandaag vaak gebruikt als een strijdkreet, als een gezagsargument dat geen nadere toelichting meer nodig lijkt te hebben. Dan is het een dogma.<sup>16</sup> Dat is een reëel gevaar, maar evenzeer een argument voor restauratie van het scheidingsbegrip als voor de afschaffing ervan. Sterker nog, wil de fictie als zodanig overleven, dan zal het debat over de inzet ervan in een concrete context steeds gevoerd moeten worden, juist omdat alleen dan het karakter ervan als bewust geleefde onwaarheid overeind kan blijven; anders rest slechts de leugen. Dat de frase scheiding der machten vaak als strijdkreet wordt gebruikt zegt als zodanig echter niets doorslaggevends over een van beide opties, i.e. restaureren of afschaffen. Het antwoord op de vraag wat we met het scheidingsbegrip moeten aanvangen is daarmee dus nog steeds afhankelijk van nadere argumenten.

### Rechterlijke onafhankelijkheid of scheiding?

Men zou me tegen kunnen werpen dat wat hier aan de orde is, in ieder geval voor zover we spreken over het functioneren van de rechter, niet zozeer de scheiding der machten betreft maar veeleer de rechterlijke onafhankelijkheid. Dat was recent ook de stelling van hoogleraar staatsrecht Hendrik Vuye van de Universiteit van Namen in België. In een interview naar aanleiding van de recente Fortis-crisis in België hield hij onder meer een pleidooi voor een betere controle op de rechterlijke macht. Onder meer door middel van een beter ontwikkelde motiveringspraktijk, maar ook door middel van een efficiëntere organisatie.<sup>17</sup> Een en ander roept natuurlijk ook wat vragen op over de eigen positie van de rechterlijke macht in het staatsbestel:

**Juristenkrant:** Magistraten staan op hun onafhankelijkheid, ze schermen ook altijd met de scheiding der machten.

**Vuye:** Kijk, de scheiding der machten is uitgedacht door Montesquieu op een ogenblik dat de democratie nog niet bestond. Vandaag beschikt elke staatsmacht over een democratische legitimiteit. Die verkrijgt je door verkiezingen: het parlement is verkozen, de regering steunt op een meerderheid in dat parlement. Zo'n democratische legitimiteit kan de rechterlijke macht



niet hebben. (...) We moeten er niet per se op toezien dat de rechterlijke macht een staatsmacht is, wel dat de rechterlijke macht onafhankelijk en onpartijdig is. Dan kunnen we eindelijk ook eens die ballon doorprikken met daarop in grote letters 'pas op voor de scheiding der machten!', die bij elke hervorming weer wordt opgelaten.

Vrij vertaald: indien de scheiding der machten in de context van de relatie tussen rechter en politiek inderdaad reduceerbaar is tot een welbegrepen vorm van rechterlijke onafhankelijkheid, laten we het daar dan over hebben. En overigens: behalve dat Montesquieu niet in een democratie functioneerde, had nog kunnen worden vermeld dat ook hem geen strikte scheiding voor ogen stond.

Wat dat laatste argument betreft: de functie van enige doctrine is niet noodzakelijk verankerd aan haar ontstaansgeschiedenis. De vraag of Montesquieu werkzaam was in een democratie, zoals Vuye opwerpt, is niet zo relevant hier. En ook niet of Montesquieu zelf een scherpe scheiding voor ogen stond. Wel van belang is te beseffen dat het ook in een moderne staat nodig is om te kunnen blijven oordelen over de vraag of er onder het mom van het vestigen van een machtsevenwicht in feite geen nieuwe ongecontroleerde machtsposities worden ingenomen.<sup>18</sup> Een oordeel daarover kan met bijvoorbeeld een begrip als machtsevenwicht, leeg als het is, niet ten volle worden beleefd of aan de orde gesteld.

Maar het andere standpunt – het scheidingsbegrip kan in de rechterlijke context eigenlijk gereduceerd worden tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid – lijkt me eveneens te berusten op een misverstand. Enerzijds omdat wanneer het gaat om de arbitragefunctie het onafhankelijkheidsargument weliswaar inderdaad kan spelen: in de uitoefening daarvan moet altijd onafhankelijkheid en onpartijdigheid bestaan, door wie die taak ook wordt vervuld. *Tertius super partes*. Maar opvallend genoeg benadrukt desondanks heel wat van de rechtsgeleerde literatuur dat in het leerstuk van de onafhankelijkheid van de rechter het beginsel van de scheiding der machten reële betekenis krijgt.<sup>19</sup> Waarom zou men de behoefte voelen de thematiek onder de vigeur van de scheiding der machten aan te brengen?

Hoewel het bij mijn weten nooit zo uitdrukkelijk wordt uitgesproken, lijkt me de achtergrond van deze opvatting te worden gevormd door een opvatting over machtscheiding als een samenhangend geheel van scheiding van zowel functie als macht. Door een en ander aan te brengen zoals Vuye doet, wek je echter de

## De functie van enige doctrine is niet noodzakelijk verankerd aan haar ontstaansgeschiedenis

indruk dat het niet uitmaakt of die arbitrale functie wordt uitgeoefend door een orgaan van de 'klassieke' rechterlijke macht of door, bijvoorbeeld, een van de twee andere machten. Vuye wil daarmee een onderscheid hanteren tussen enerzijds formele macht en anderzijds feitelijke onafhankelijkheid; wat telt is het tweede, niet het eerste.

Ook bij een dergelijk standpunt kunnen echter vragen worden gesteld. De Franse situatie kan hier illustratief zijn. Aldaar zijn immers de rechterlijke instellingen ingelijfd bij de uitvoerende macht. Er bestaat dus geen rechterlijke 'macht' *senso stricto*. Vuye verwijst in het zojuist aangehaalde interview impliciet maar duidelijk naar deze situatie. In ieder geval wordt in de Franse Grondwet van 1958 in Titel VIII niet gesproken over een '*pouvoir judiciaire*', maar enkel over een '*autorité judiciaire*', en dit omwille van het feit dat men de rechterlijke functie als louter uitvoerend wilde benadrukken en die daarom dus ook uitdrukkelijk bij die uitvoerende macht werd ondergebracht.

Maar alvast mij lijkt het vanuit het standpunt van de rechterlijke onafhankelijkheid geen goed idee om de regering wel uitvoerende macht te noemen en de rechters geen rechterlijke macht, maar een woord dat een niveau lager zou betekenen. Daardoor loopt die rechter namelijk het gevaar geïntegreerd te worden in de uitvoering van het politieke beleid of als een verlengstuk ervan te worden gezien.<sup>20</sup>

Juist door de rechterlijke organen een aparte *macht* te laten zijn met een voorbehouden *functie* krijgt de kwestie van de rechterlijke onafhankelijkheid dus een specifieke inhoud die wat mij betreft toegevoegde waarde heeft. Weliswaar krijgt de rechterlijke onafhankelijkheid via art. 6 EVRM positiefrechtelijke betekenis, maar door die onafhankelijkheid te lezen in het licht van de scheiding der machten wordt er nog iets extra's aan toegevoegd. Impliciet maar zeker zegt men daarmee namelijk dat de rechterlijke functie (en de daarbij horende onafhankelijkheid) het meest optimaal tot uiting komt wanneer die wordt begrepen door de lens van een strikte scheiding der machten.

### Noten

12. Het begrip is afkomstig van L.L.

Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1969, p. 5-6.

13. Vergelijk de definitie van een ideaal

door W. van der Burg, 'Het belang van idealen', in: W. van der Burg en F.W.A.

Brom (red.), *Over idealen*, Deventer:

W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 1-23.

14. U. Rosenthal, l.c., p. 77.

15. Idem, p. 86.

16. J. Gijssels, *Recht, ruim bekeken*,

Antwerpen: Kluwer 1991, p. 253.

17. 'Justitie is veel te belangrijk om

alleen aan juristen over te laten', De

Juristenkrant 30 september 2009, p.

8. Over de aanleiding en context van

deze crisis zie kort het redactioneel van

P. Wattel in NJB 2009, 59, afl. 2, p. 79:

<http://njblog.nl/2009/01/12/scheiding-der-machten>.

18. W.J. Witteveen, 'Van wetstoepas-

sing naar belangenafweging?', in:

A.A. Franken en E.P.M. Joosen (red.),

Wederkerige rechtsbetrekkingen,

Lelystad: Koninklijke Vermande 1993,

p. 19.

19. Voor België: A. Alen, "'Scheiding"

of "samenwerking" der machten?',

Academiae Analecta 1990. Voor

Nederland bijvoorbeeld L. Prakke e.a.,

Handboek van het Nederlandse staats-

recht, Deventer: Tjeenk Willink 2001,

p. 536.

20. E. Krings, 'Enkele beschouwingen

betreffende rechtsstaat, scheiding

der machten en rechterlijke macht',

Rechtskundig Weekblad 1989-1990, p.

172-173. De Franse situatie kan ook ten

dele verklaren, denk ik, waarom de Franse

magistratuur als entiteit zo'n machtige

vakbond heeft; dat is dan een als nood-

zaak ervaren vorm van tegenmacht.



### Tot besluit

De scheiding der machten, opgevat in strikte zin, heeft een prominente rol te vervullen als nuttige fictie. Dat wordt uit het oog verloren wanneer het tot een relict uit het verleden wordt verklaard. Daardoor dreigt ons kritisch vermogen ten aanzien van bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen minder krachtig te zijn. En dat zou een gemiste kans zijn. We hebben immers onvermijdelijk een toetsingskader nodig aan de hand waarvan afwijkingen van de norm in kaart kunnen worden gebracht. Dat betekent niet dat die afwijkingen per definitie ontoelaatbaar zijn, maar juist dat vereist een oordeel en dus een norm. De fictie van scheiding der machten levert die norm.

Een dergelijke benadering had heel wat meer licht

kunnen doen schijnen over het optreden van de in de inleiding aangehaalde voormalige president van de rechtbank te Rotterdam; de bewijslast voor zijn optreden in 'de driehoek' had dan uitdrukkelijk in zijn kamp gelegen. Hij was het immers die een inbreuk maakte op de nuttige fictie die scheiding der machten heet, en hij was het die daarom behoorde uit te leggen waarom een dergelijke inbreuk, ondanks de schijn van het tegendeel, legitiem was. Wat mij betreft is het niet voor een devaluatie, maar integendeel voor een herwaardering van het begrip scheiding der machten de hoogste tijd. De thematiek is namelijk te belangrijk om alleen aan de bestuurskundigen en sociologen over te laten. •